



EB 2017/087

Resolución 090/2017, de 7 de agosto 2017, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ESTEVE TEIJIN HEALTHCARE, S.L. frente a la adjudicación del Lote 3 del contrato que tiene por objeto la “Prestación del servicio sanitario de terapias respiratorias y otras técnicas de ventilación asistida domiciliarias para los pacientes de las organizaciones sanitarias del Servicio Vasco de Salud”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 4 de julio de 2017 la empresa ESTEVE TEIJIN HEALTHCARE, S.L. (en adelante, “ETH”) interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), un recurso especial en materia de contratación frente a la adjudicación del Lote 3 del contrato que tiene por objeto la “Prestación del servicio sanitario de terapias respiratorias y otras técnicas de ventilación asistida domiciliarias para los pacientes de las organizaciones sanitarias del Servicio Vasco de Salud”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Con fecha 4 de julio de 2017 se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitó el expediente y el informe a los que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), los cuales se recibieron el día 10 de julio.



TERCERO: Trasladado el recurso a las empresas interesadas a los efectos previstos en el artículo 46.3 del TRLCSP, no se ha recibido alegaciones de ninguna de ellas.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Constan en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de don C. F.C., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, en relación con el artículo 16.1 b) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores son objeto de recurso especial.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) Las puntuaciones contenidas en el informe técnico referidas a la valoración de los criterios que precisan de un juicio de valor son incorrectas y arbitrarias y, además, no se ha respetado el método de valoración y, todo ello, por las siguientes razones:

.- En el subcriterio b.1.1 *“Adecuación de la planificación operativa y organización de los recursos adscritos a la ejecución del contrato al despliegue territorial y funcional de la red asistencial pública”*, la adjudicataria obtiene 8



puntos y la recurrente 5,95 cuando en el informe se califican ambas ofertas como “muy detalladas” siendo la única diferencia entre ambas ofertas la de la disponibilidad actual de un local frente a la disponibilidad del local para la ejecución del contrato, lo cual no puede ser causa para discriminar la oferta de la recurrente, a la que se le debería haber otorgado la máxima puntuación.

.- En el subcriterio b.1.2 *“Atención al usuario: plan de atención e información a la persona usuaria, horario, accesibilidad y la posibilidad de acceso al servicio a través de canales telemáticos”*, los servicios ofertados por la adjudicataria son los mismos que los ofertados por la recurrente, por lo que ambas empresas merecen la misma puntuación.

.- En el subcriterio b.1.4 *“Protocolos y procedimientos de trabajo”*, la diferencia de puntuación obedece a un error material del informe pues la recurrente presenta los protocolos para (i) el control de adherencia, (ii) los controles sobre la eficacia de la terapia y (iii) los controles sobre los equipos, por lo que la paridad de ofertas tiene que ser valorada con la concesión de los mismos puntos.

.- En el subcriterio b.1.5 *“Implantación, operativa y seguridad de los sistemas de información, comunicación y telemonitorización”*, las ofertas de la adjudicataria y de la recurrente son similares y no hay correlación entre la motivación y la puntuación y la consecuencia de ello es la anulación de la resolución de adjudicación por un uso arbitrario de la discrecionalidad técnica.

.- En el subcriterio b.1.7, *“Oferta de profesionales sanitarios adscritos al contrato”*, la única diferencia en la oferta estriba en el número de sanitarios adscritos al contrato (la adjudicataria 41 y el recurrente 38). Utilizando la escala de valoración de los pliegos, a la recurrente le debería corresponder una puntuación de, al menos, 3 puntos.

.- En el subcriterio b.3.1 *“Atención a pacientes con necesidades de poligrafía nocturna, capniografía y técnicas complementarias”*, la adjudicataria ofrece la capacidad de realizar 8 diferentes pruebas complementarias y la recurrente 7, por lo que le deberían de corresponder 1,5 puntos.



b) Infracción del principio de transparencia pues solamente se ha tenido acceso a una pequeña parte de la oferta técnica de la adjudicataria y que sólo cubre los subepígrafes 1.1.1, 1.1.2, 1.1.3, 1.1.7, 1.1.8 y 1.1.9, relativos a Calidad Operativa y Coordinación y los subepígrafes 1.3.2 y 1.6.2 a 1.6.7. No es suficiente la simple aceptación, sin más justificación, de la información señalada como confidencial por el adjudicatario, y el poder adjudicador no debió negar el acceso a la información sin más explicación. Todo ello ha producido una lesión en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, generándose indefensión pues no puede fundamentar suficientemente su recurso por habersele impedido el acceso a la oferta técnica. A tal efecto, solicitan el acceso a la oferta técnica de la adjudicataria del lote 3, sobre la base de lo dispuesto en el art. 29.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

c) La pretensión consiste en la declaración de nulidad de la adjudicación del Lote 3 del contrato a favor de la empresa LINDE.

SÉPTIMO: El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) Se recurre la puntuación otorgada en el informe de valoración de los criterios cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor y se limita a indicar que hay diferencias considerables de puntuación pero sin especificar qué contenido de su oferta se ha dejado de valorar. En concreto,

.- En el subcriterio b.1.1 las diferencias entre la oferta de la de la adjudicataria y la recurrente son mayores a las enumeradas en el recurso pues la primera plantea una óptima justificación de los recursos planificados, con detalle de factores externos y de servicio y proyección en tiempo de las necesidades.

.- En el subcriterio b.1.2, la oferta de la adjudicataria presenta otros elementos de diferenciación como la descripción pormenorizada de la cadena de atención telefónica y presencial para incidencias, extensión de horario en los centros de



atención o la atención específica para pacientes dispersos en unidades móviles, todo ello especificado en el informe de valoración.

.- En el subcriterio b.1.4, en los protocolos aportados por la recurrente no se especifican los controles a realizar más allá de su simple enunciado.

.- En el subcriterio b.1.5, la referencia en el informe técnico a la “idiosincrasia” debe entenderse relacionado con la cláusula 30.2.b) de la carátula del PCAP.

.- En el subcriterio b.1.7, los perfiles de los profesionales sanitarios ofertados son diferentes.

.- En el subcriterio b.3.1, la recurrente limita las poligrafías a 1020 al año y la adjudicataria presenta tres pruebas complementarias diferentes a las comúnmente ofertadas polisomnografiías (domiciliarias y hospitalarias), TM6M y gasometrías, mientras que la recurrente oferta dos: pulsioximetrías y cooximetrías.

b) La adjudicataria en su declaración de confidencialidad explica, punto por punto, las razones de su declaración que, una vez examinada, se encontró correcta y justificada. La recurrente ha tenido acceso al expediente de contratación y a la parte declarada no confidencial de la oferta y ha podido llevarse copia de todo lo examinado.

OCTAVO: De forma previa al análisis de los motivos de fondo esgrimidos por la recurrente, se debe analizar si procede dar cauce al procedimiento previsto en el artículo 29.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, de puesta de manifiesto del expediente y concesión de un plazo de cinco días para completar el recurso especial presentado, cuyo literal es el siguiente:

«Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe



correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones.»

La finalidad que se persigue mediante este procedimiento es la de evitar la indefensión en el recurrente, de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, en este sentido Resolución del TACRC 436/2017) y que para sustentar su decisión, que es potestativa, este Órgano resolutorio ha de estar a lo alegado por el recurrente y el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (como la solicitud de acceso inicial al órgano de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano resolutorio) y a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los intereses comerciales legítimos o de los datos de carácter personal.

Así, este OARC / KEAO viene señalando que la denegación del acceso al expediente solo se puede considerar una irregularidad invalidante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado, y en concreto, cuando se impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 047/2015 y 130/2015 del OARC / KEAO). En este sentido, si la Resolución de adjudicación está suficientemente motivada, en los términos exigidos en el artículo 151.4 TRLCSP, no puede alegarse dicha indefensión.

En el expediente consta que el recurrente ha podido obtener una copia del informe técnico que apoya la aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor, y se observa que dicho informe contiene una motivación suficiente, que informa de las características de las ofertas de los distintos licitadores y las razones determinantes de la atribución de puntuaciones lo cual permite, en suma, formalizar un recurso debidamente fundado como establece el artículo 151.4 TRLCSP. Además, el recurrente ha tenido acceso al expediente de contratación así como a parte de la documentación de la oferta técnica no declarada confidencial de la adjudicataria.



El recurso que nos ocupa se basa en la comparación de la oferta de la adjudicataria con la de la recurrente al objeto de invocar mayor puntuación, se halla suficientemente fundado, y no argumenta las razones por las que el razonamiento técnico y/o jurídico que soporta la decisión impugnada (la motivación) no es suficiente para articular un recurso fundado ni las razones por las que se necesita acceder a la totalidad de la oferta técnica de la adjudicataria, más allá de unas declaraciones genéricas sobre la concurrencia de arbitrariedad, cuando en realidad es una disconformidad con la valoración, y existencia de indefensión basándose fundamentalmente en la invocación de la Ley 19/2013, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno que, conforme a la Disposición Adicional Primera, párrafo 2, no es aplicable al acceso de los interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo (ver, en este sentido la Resolución del OARC / KEAO 069/2015). Precisamente, la argumentación de fondo de su recurso conlleva a su inadmisión, y consecuentemente a la improcedencia de la petición del acceso, pues el recurso únicamente se basa en la arbitrariedad del informe de valoración de los criterios de adjudicación basados en un juicio de valor solicitando la valoración de su oferta en cada uno de los criterios secundarios, bien con el máximo de puntos (como en el criterio b.1.1 y b.1.5), bien con los mismos puntos que la adjudicataria (criterios b.1.2, b.1.4) o bien con unos determinados puntos (criterio b.1.7 y b.3.1), pero, en todo caso, sin que la suma de los solicitados sea suficiente para alterar la adjudicación del lote impugnado, que tampoco se vería alterada aunque se le asignara la totalidad de los puntos con los que se hallan ponderados los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor en el PCAP.

En efecto, si la oferta de la recurrente se valorara con los 49 puntos correspondientes a la ponderación total de los criterios sujetos a juicio de valor (punto 30.2.b de la carátula del PCAP), sumados a los 46,85 puntos que le corresponden por la valoración de los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmula, que no son discutidos en el recurso, resultaría un total de



95,85 puntos, insuficientes para alterar la adjudicación pues la oferta de la adjudicataria ha obtenido un total de 98,48 puntos.

NOVENO: Consecuentemente, en el supuesto que nos ocupa, el acceso sería ocioso y únicamente conseguiría dilatar los plazos de resolución del recurso especial al tener que accionar el incidente de acceso al expediente regulado en el art. 29.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, dado que la pretensión del recurrente, impugnar la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor por considerar que su oferta merece una valoración superior a la obtenida, no sustenta el interés legítimo al que se refiere el art. 42 del TRLCSP pues, aunque se la valorara con el máximo de puntos establecidos en el PCAP por tal clase de criterios de adjudicación, no podría ser la adjudicataria del contrato.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskara Autonomía Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ESTEVE TEIJIN HEALTHCARE. S.L. frente a la adjudicación del Lote 3 del contrato que tiene por objeto la “Prestación del servicio sanitario de terapias respiratorias y otras técnicas de ventilación asistida domiciliarias para los pacientes de las organizaciones sanitarias del Servicio Vasco de Salud”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.



SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Levantar la suspensión automática del acuerdo de adjudicación.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2017ko abuztuaren 7a

Vitoria-Gasteiz, 7 de agosto de 2017